



APRITEL

Regime Jurídico da cópia
privada
Comentário

Posição da Associação dos Operadores de Telecomunicações
à Proposta de Lei n.º 118/XII que altera o regime jurídico da
Cópia Privada e o artigo 47.º do Código do Direito de Autor e
dos Direitos Conexos

1 de Fevereiro de 2012

I – Considerações gerais sobre a aplicação do presente Projeto de Lei

No atual cenário de prestação dos diversos serviços de comunicações eletrónicas, os membros da APRITEL têm vindo a desempenhar um papel relevante na distribuição de obras audiovisuais. Nunca os autores e os artistas dispuseram de plataformas tão poderosas e com tão elevada capacidade para chegarem diretamente e em tempo real aos consumidores, como aquelas que hoje se identificam como redes de comunicações eletrónicas e, de um modo mais universal, como a web e/ou Internet.

Na verdade, a integração de conteúdos audiovisuais nos serviços prestados assenta na utilização lícita de direitos de propriedade intelectual, através da disponibilização de vários canais e ofertas comerciais que têm impulsionado a utilização legítima de obras protegidas em sede de Direito de Autor e Direitos Conexos.

Neste contexto, a APRITEL considera que a iniciativa legislativa ora em análise, tem o mérito de suscitar o debate público sobre uma matéria que, no entender da APRITEL, deve ser objeto de uma abordagem global e integrada, visando a clarificação e sistematização de todas as matérias relacionadas com os direitos de propriedade intelectual no atual contexto da sociedade de informação¹.

Na perspectiva da APRITEL, a futura sistematização de todas estas matérias contribuirá não só para uma maior certeza e segurança jurídicas, mas também para uma gestão eficiente e atualista dos direitos em causa, em benefício de todos os potenciais interessados (consumidores, autores, artistas, produtores, distribuidores e operadores).

Reconhecendo o direito dos respetivos titulares a serem justamente compensados pela cópia privada e, bem assim, a legitimidade da realização de cópias para utilização privada, a APRITEL entende que o presente Projeto de Lei, nos moldes em que está configurado, parece ir muito mais além do que a mera compensação equitativa devidas aos autores, pela cópia privada lícita das suas obras, já que pretende ressarcir utilizações ilícitas, problemática que nada tem a ver com a questão da cópia privada e que com esta não deve ser confundida.

Na verdade, este Projeto, ao estabelecer um regime muito mais gravoso que o anterior, não só no âmbito dos produtos e equipamentos abrangidos, como nos critérios e valores a aplicar, penalizará em larga escala quem legitimamente realiza uma cópia privada, eventualmente para compensar os autores pelos danos causados por quem faz uma utilização ilícita das suas obras, criando, assim, um regime em que serão “os justos a pagar pelos pecadores”.

Partilhando a APRITEL das preocupações dos titulares de direitos de propriedade intelectual, no que diz respeito à utilização não autorizada das respetivas obras e prestações, não pode deixar de sublinhar que qualquer compensação decorrente do regime da cópia privada

¹ Aliás, na senda do debate público já suscitado por diversas iniciativas da Comissão Europeia que se encontram em curso, nomeadamente a publicação do Livro Verde e consequente consulta pública em 13/07/2011 (“GREEN PAPER on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market”), o “Stakeholder dialogue on private copying levies” lançado a 23 de Novembro último e a anunciada próxima publicação de uma “Draft Directive on Collective Rights Management”.



1 de Fevereiro de 2012

apenas se poderá destinar a compensar os respetivos titulares, pelo exercício legítimo e lícito da cópia privada, e não pelos atos ilícitos que violem os referidos direitos.

Sem prejuízo do papel que as autoridades judiciais e policiais têm na repressão de condutas de tal natureza, a APRITEL entende que a forma mais construtiva e eficaz de combater a utilização não autorizada de conteúdos protegidos é através da criação de alternativas legais, disponibilizando ao público produtos e serviços que de uma forma simples, eficiente, atrativa, segura e a um preço adequado levem os consumidores a optar pelas mesmas.

Neste sentido, o objetivo de qualquer iniciativa legislativa, no âmbito dos direitos de propriedade intelectual, deve ser o de criar incentivos para o surgimento de ofertas atrativas de conteúdos audiovisuais. Ora, uma iniciativa como a constante do Projeto em nada contribui para esse objetivo criando, ao invés, barreiras ao desenvolvimento de ofertas, essenciais à dinamização do mercado dos conteúdos audiovisuais e ao desenvolvimento da Sociedade de Informação.

O regime previsto no projeto de diploma é desadequado e tende a gerar situações de injustiça, pois:

- (i) nem todos os equipamentos abrangidos pelo pagamento da remuneração adicional são utilizados para o armazenamento de conteúdos protegidos por direitos de autor de terceiros; e
- (ii) em grande parte dos equipamentos abrangidos são armazenados (temporária ou permanentemente) conteúdos que foram especificamente licenciados para esse efeito, tendo a respetiva remuneração já sido paga.

Acresce, ainda, que o pagamento de qualquer compensação pela cópia privada deve assentar no uso efetivo, sob pena da mesma ser suportada, indistintamente, por quem efetivamente realiza as referidas cópia privadas, bem como por quem não as faz.

Reflexo dessa mesma falta de equidade é o facto de, com este projeto de diploma, os adquirentes de obras online poderem vir a pagar duplamente: primeiro na aquisição da obra digital e depois no suporte onde poderão utilizá-la. Note-se que, neste caso, nem sequer estamos perante uma cópia privada, mas perante a obra original tal e qual ela é vendida.

Por outro lado, o critério do pagamento segundo a capacidade do equipamento parte do pressuposto errado de que toda essa capacidade será usada para o arquivamento de obras protegidas. Não só isso não corresponde à realidade, sendo frequente a utilização da referida capacidade para o armazenamento de conteúdos não protegidos por direitos de terceiros como, na maior parte dos casos, essa capacidade não é sequer utilizada na sua totalidade.

Com a adoção deste quadro legal, corre-se um risco efetivo e significativo de condicionar desproporcionadamente os direitos privados de utilização de equipamentos, afetar a respetiva indústria, limitar os operadores de distribuição de conteúdos audiovisuais e, em última análise, em nada contribuir para a capacidade criativa dos autores e artistas, já que não se atua nas práticas ilegais de cópia de obras audiovisuais, mas sim nos que a elas acedem através de equipamentos legitimamente adquiridos.

É um erro, cuja verdadeira dimensão do impacto e dos custos ainda se desconhece, penalizar cegamente aqueles que produzem, adquirem e utilizam equipamentos com capacidade de armazenamento.



1 de Fevereiro de 2012

Não será necessário invocar a *lei de Moore* para se perceber que, se a capacidade dos chips de armazenamento duplica periodicamente, o preço dos equipamentos reduz-se quase na mesma proporção. Como se compreende, a situação poderia gerar um absurdo nos seus próprios termos: chegar-se-ia a uma situação, em que as taxas aplicáveis aos equipamentos ultrapassariam o preço dos equipamentos taxados.

Além disso, hoje em dia os consumidores exigem dispositivos com maior capacidade, mais pequenos e com maior rapidez de acesso. Mas o investimento e o desenvolvimento dessas tecnologias, que não se restringem à criação dos suportes em causa, ficará seriamente comprometido se o critério da taxação for a capacidade de armazenamento dos suportes.

Há que pesar, por isso, à luz do princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, se a necessidade de compensar equitativamente os autores justifica penalizar de forma tão gravosa quem, no exercício legítimo de um direito que a lei lhe confere, realiza uma cópia privada.

No que diz respeito a este princípio o Tribunal Constitucional tem destacado *“a particular dimensão que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua aceção ampla), quando aplicado às decisões do legislador”*².

Conforme sustentado por aquele Tribunal *“a ideia de proporção ou proibição do excesso - que, em Estado de Direito, vincula as acções de todos os poderes públicos - refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins (...)”,* aplicando-se *“tanto aos actos da função administrativa quanto aos actos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (actuando através dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não «proporcionais» face aos fins que pretende prosseguir.”*

A APRITEL entende, pois, que as normas previstas no referido Projeto de Lei, na prática, se revelam genericamente desconformes a este princípio.

Acresce que, no atual enquadramento social e económico, qualquer sobrecarga do preço dos equipamentos é particularmente gravosa para os cidadãos e, deve, por isso, ser ponderada de forma cautelosa.

II - A problemática da Gestão Coletiva de Direitos

O número 1 do artigo 11.º do presente Projeto de Lei atribui a cobrança, gestão e distribuição das compensações equitativas à entidade gestora atualmente legitimada a recolher as compensações previstas ao abrigo da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alargando assim a suas funções.

Além disso, a referida disposição do projeto de lei confere ainda à dita entidade gestora (ou uma eventual sucessora) um monopólio legal exclusivo, no sentido de que será a única entidade com competência para assumir aquelas funções.

² Acórdão do Tribunal Constitucional nº 632/2008 de 23 de Dezembro



1 de Fevereiro de 2012

Como é sabido, a constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos são matérias reguladas pela Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto. Nos termos do diploma referido, a criação de entidades é da livre iniciativa dos titulares do direito de autor e dos direitos conexos.

A regulação das atribuições de uma entidade de gestão coletiva de direitos, sem proceder a uma revisão da moldura legal associada às sociedades gestoras, deve ser evitada, e é contrária ao ensejo de reorganização da temática de direitos de autor e da cópia privada, a qual revela-se premente, tendo em conta a necessidade de introduzir maior transparência no funcionamento daquelas Entidades.

Com efeito, a problemática das sociedades de gestão coletiva de direitos tem sido objeto de análise no âmbito da União Europeia, sendo certo que a Comissão Europeia se prepara para adotar um instrumento legislativo sobre a gestão coletiva de direitos no primeiro trimestre de 2012, no qual pugnará pelo aumento de transparência e da melhor governação dessas entidades.

Este tema não deixa de ter relevância no contexto nacional, onde também urge garantir uma maior transparência nas condições praticadas por tais entidades de gestão coletiva de direitos, maior certeza quanto às remunerações a pagar a tais entidades (nomeadamente através da disponibilização dos critérios que orientam os preços) e, bem assim, maior transparência na sua gestão e na concreta distribuição dos montantes que angariam.

Na verdade, importa assegurar que tais entidades atuam em total respeito pelo princípio da transparência e boa organização a que nos termos da legislação aplicável estão sujeitas.

Em face do exposto, a APRITEL entende não ser este o momento adequado para consagrar novas atribuições, nem definir fontes de receitas adicionais, a uma entidade de gestão coletiva de direitos, sem antes proceder a uma revisão profunda da moldura legal associada às demais sociedades gestoras.

III – A desadequação do elenco dos suportes e dispositivos de armazenamento

Memórias USB (“pens”)

Estes dispositivos destinam-se essencialmente a servir de meio de transporte de informação e não para utilização da informação em si mesma.

Na sua grande maioria, as memórias USB servem para guardar fotografias a fim de as imprimir num laboratório ou para transportar apresentações de negócio ou académicas para os respectivos locais de utilização.

Neste contexto, a taxação deste tipo de suportes surge absolutamente desenquadrada da cópia privada.

Cartões de Memória

Existem atualmente mais de uma dúzia de formatos deste tipo de cartões, que são essencialmente utilizados em máquinas fotográficas e em telemóveis.



1 de Fevereiro de 2012

Quando utilizados em máquinas fotográficas, destinam-se, naturalmente, a armazenar fotografias ou pequenos vídeos do seu proprietário.

Quando utilizados em telemóveis, destinam-se a armazenar, por exemplo, aplicações e conteúdos comprados e licenciados especificamente para serem utilizados no telemóvel, fotografias e pequenos vídeos pessoais, gravação de pequenos lembretes em formato áudio, emails, mensagens de texto e de vídeo (sms/mms), listas de contactos e agenda pessoal, jogos, etc..

É pois patente que este tipo de cartões, na sua quase totalidade, não se destina ao armazenamento de cópias privadas e, como tal, não deve ser abrangido pelo presente Projeto de lei.

Discos Externos Multimédia

A definição legal destes dispositivos pode abranger também as designadas “Set Top Boxes”. Estes dispositivos são utilizados para a recepção e descodificação dos sinais de televisão de acesso condicionado. Embora não seja essa a sua principal função, alguns modelos possuem capacidade de gravação.

Estes equipamentos possibilitam a gravação de programas televisivos, mas não permitem i) a sua utilização fora deste contexto ii) nem a extração dos conteúdos gravados, dado que o hardware e o software utilizados são concebidos para evitar essa possibilidade.

Por outro lado, todos os conteúdos susceptíveis de serem gravados nestes dispositivos são necessariamente conteúdos licenciados pelo respectivo operador junto dos respetivos produtores e das entidades de gestão colectiva competentes, pelo que a sua taxa ao abrigo do presente Projeto de Lei constituiria uma dupla tributação sobre a mesma realidade subjacente.

Pelo exposto, estes dispositivos deverão ser formalmente excluídos da lista de equipamentos abrangidos pelo Projeto de Lei em análise.

Dispositivos de reprodução (...) como os telemóveis

Nos termos do presente Projeto de Lei, os telemóveis são os equipamentos mais penalizados, sem que se encontre qualquer fundamento para tal.

Desde logo, pela forma absolutamente desproporcional com que se visa taxar a capacidade destes equipamentos: 50 cêntimos/Gb contra uma média de 6 cêntimos/Gb, para os restantes dispositivos.

Em segundo lugar, porque uma parte substancial da capacidade destes equipamentos se destina a armazenar o software de funcionamento do próprio telemóvel.

Em terceiro lugar, porque a capacidade não utilizada *ab initio* pelo fornecedor com o software pré-instalado, se destina a armazenar, conforme já referido a propósito dos cartões de memória, os conteúdos pessoais do próprio utilizador (ex: aplicações e conteúdos comprados e licenciadas precisamente para serem utilizados no telemóvel, fotografias e pequenos vídeos pessoais, gravação de pequenos lembretes em formato áudio, emails, mensagens de texto e de vídeo (sms/mms), listas de contactos e agenda pessoal, jogos, etc.).



1 de Fevereiro de 2012

Em quarto lugar, dado que a capacidade dos telemóveis para armazenar os conteúdos referidos no parágrafo anterior é normalmente insuficiente, aqueles são vendidos conjuntamente com cartões de memória, de onde resulta necessariamente uma dupla penalização do utilizador destes equipamentos. Por todos estes motivos os telemóveis deveriam ser excluídos da aplicação do presente Projeto Lei.

IV – A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA COMPENSAÇÃO EQUITATIVA

O preâmbulo do presente Projeto de Lei refere que os devedores principais pelo pagamento da compensação equitativa sobre os equipamentos e dispositivos são os fabricantes e importadores dos mesmos, recaindo sobre os distribuidores, grossistas e retalhistas dos equipamentos e dispositivos de reprodução uma *responsabilidade subsidiária*.

No entanto, o art. 9º n.º 2 do Projeto de Lei não estabelece uma responsabilidade subsidiária, mas sim uma *responsabilidade solidária* entre uns e outros, conceitos jurídicos estes absolutamente distintos.

Há, por isso, uma contradição na utilização dos referidos termos jurídicos, cujas consequências são necessariamente incompatíveis e com um impacto muito significativo na esfera das entidades visadas: ao estabelecer uma responsabilidade solidária sobre todos os intervenientes do circuito comercial, não se percebe sobre quem efetivamente recai a obrigação principal do pagamento, dado que a solidariedade implica necessariamente uma responsabilidade idêntica para todos a título principal e a subsidiariedade não.

Por outro lado, os operadores de comunicações, que também se dedicam ao negócio retalhista, não possuem uma estrutura organizativa, nem estão vocacionados para elaborar os relatórios de reporte com as informações exigidas pelo disposto no n.º 3 do referido artigo 9.º.

Além disso, os equipamentos que o presente Projecto de Lei visa abranger são provenientes de vários fornecedores, implicam na maior parte das vezes a venda integrada de vários dispositivos e as informações exigidas nem sempre estão na posse do retalhista, pelo que a obrigação de reporte será inexecutável.

De igual modo, a referida obrigação de comunicar regularmente à IGAC um conjunto de informações sobre o pagamento das referidas compensações e de manter os respectivos registos durante 3 anos, torna-se absolutamente inexecutável no âmbito de uma responsabilidade solidaria, dado que a mesma recai sobre todos de igual forma.

A APRITEL entende, por isso, que qualquer responsabilidade que venha a ser estabelecida a este respeito, não deverá incluir os distribuidores, grossistas, e retalhistas dos equipamentos, aparelhos e suportes objecto do Projeto de Lei.

